9702.

Die

Contre-lettres

des

französischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei der hohen Juristenfakultät der

Universität zu Tübingen.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Vorgelegt von

August Adenauer

Rechtsanwalt in Cöln a/Rhein.

CÖLN.
Buchdruckerei von Jac. Pohl.
1899.

Litteratur-Verzeichniss.

1. Aubry et Rau t. 7 (Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae) 4. éd. Paris.
2. Bonnier, Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, Paris 1843.
3. Cretschmar, Rheinisches Civilrecht, 4. Aufl. Düsseldorf 1896.
4. Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft; Mannheim, 1892.
5. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts; Mannheim, 1894.
6. Delvincourt, t. II, Cours de Code civil, éd. publiée en 1824; Paris et Dijon 1834.
7. Demolombe, Cours de Code Napoléon, traité des contrats, t. 29; Paris 1876.
8. Dernburg, Pandekten, 5. Auflage, Berlin 1896.
9. Dernburg, Preussisches Privatrecht, 5. Auflage; Halle 1897.
10. Fenet, t. 13, Recueil complet des travaux prèparatoires du Code civil; Paris 1836.
11. Fourcade, Étude sur la Simulation en droit civil et en droit fiscal; (Thèse pour le doctorat à la Faculté de Droit de Nançy) Nancy.
12. Hartmann, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 20; (Wort und Wille im Rechtsverkehr) S. 1.

13. Kohler, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16. (Studien über Mentalreservation und Simulation) S. 91.
Bd. 28. (Ueber den Willen im Privatrecht, Beiträge.) S. 166.

14. Larombière, t. V, Théorie et Pratique des Obligations, nouvelle édition; Paris 1885.

15. Laurent, t. 16, 19, 24 Principes de droit civil, 3. éd.; 1878 Brüssel und Paris.

16. Locré, t. XII, La lègislation civile, commerciale et criminelle de la France par monsieur le baron Locré, Paris 1827.

17. Marcadé, t. III, V, Élémens du Droit civil français, 5. èd. Paris 1859.

18. Merlin, Rèpertoire universelle et raisonné de la jurisprudence, 3. èd. Paris 1808.

19. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

20. Pothier, de la vente t. I; nonvelle édition, Paris 1820.

21. Pothier, traité des obligations t. I., nouv. èd. par Bernardi; Paris 1805.

22. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 1.

23. Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.

24. Regelsberger in Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 2. Band, Buch III, Abschnitt 1; Leipzig 1882.

25. Regelsberger, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, S. 157.

26. Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 9, S. 313; Bd. 20, S. 357.

27. Rheinisches Archiv, Bd. 85, I, 102.

28. Sirey, Recueil gènèral des lois et des Arrêts, fondé par Sirey rèdigé dépuis 1831 par Devilleneuve et Carette, 2. Série, Paris 47, I, 167.

29. Toullier, t. VIII, Le droit civil français suivant l'ordre du code civil, 3. éd. Brüssel 1820.

30. Troplong, de la vente, 3. éd. Paris 1837.

31. Wendt, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 89, S. 1 (Erwerb von einem Nichtberechtigten, §§ 932–936 B. G. B.)

32. Windscheid, Pandekten, 7. Auflage, Frankfurt 1891.

33. Windscheid, Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847.

34. Windscheid, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63, Wille und Willenserklärung, S. 72.

35. Zachariae-Crome, 8. Aufl., Handbuch des französischen Civilrechts, Freiburg, 1894.

36. Zachariae-Dreyer, 7. Aufl., Handbuch des französischen Civilrechts, Heidelberg 1886.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552310_0019

Die Contre-lettres
des französischen Rechts.

Ausweisslich der Protokolle Band I S. 97 hat die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich die Aufnahme eines generellen Rechtssatzes, „dass der gutgläubige Dritte durch die Nichtigkeit des Scheingeschäfts in seinen auf das letztere gegründeten Rechten nicht beeinträchtigt werden dürfte", abgelehnt und sich damit benügt, „dem Verkehrsbedürfniss" durch Aufnahme einiger Spezialvorschriften zu entsprechen.

Es wäre daher der gutgläubige Dritte nur in einzelnen Fällen gesichert, so z. B. für den Fall der Cession einer verbrieften Scheinforderung, falls die Cession unter Vorlage der Schuldurkunde erfolgt ist, (§ 405). Es bleibt ferner eine durch Erklärung gegenüber dem Dritten (§ 170), durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder öffentliche Bekanntmachung (§ 171) oder unter Aushändigung einer Vollmachtsurkunde erteilte Vollmacht dem Dritten gegenüber in Kraft, bis diesem das Erlöschen angezeigt, oder die Kundgebung widerrufen oder die Urkunde zurückgegeben ist.

Damit wäre das Prinzip für einzelne Fälle angenommen, als solches aber abgelehnt; ein Zustand, der m. E. einen Rückschritt gegenüber den Bestimmungen des französischen Rechts bedeutet.

Denn während das gemeine Recht und das preussische Allgemeine Landrecht zu einer entschiedenen Stellungnahme in dieser Frage nicht gekommen sind, hat das französische Recht in art. 1321 Code civil das obige Prinzip angenommen.

Nach anfänglichem Schwanken [1]) hat das Reichsgericht in seiner Enscheidung im 20. Bande, S. 337 ausgesprochen, „der scheinbare Kontrahent könne sich Dritten gegenüber zu deren Schaden dann nicht auf die Simulation berufen, wenn diese Dritten im Vertrauen auf die Ernstlichkeit des Willens, mit welchem die Eingehung des simulirten Geschäfts erklärt worden sei, gehandelt hätten".

Es sei dies ein Prinzip, welches aus art. 1321 C. c. entnommen werden müsse.

Denselben Satz spricht Crome im „Allgemeinen Teil" und im I. Band von Zachariae-Crome S. 360 fg. aus.

Ebenso beruft sich Kohler, der die Geltung eines solchen Satzes für das gemeine Recht verficht, darauf, dass diese Frage für das Gebiet des französischen Rechts durch den genannten art. 1321 entschieden sei. [2])

Es mag in folgendem untersucht werden, inwieweit dies richtig ist.

§ 1.

Art. 1321 Code civil lautet:

Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Es erhellt sofort, dass die Auslegung des Artikels sich in erster Linie mit der Bedeutung des Worts contre-lettre zu befassen hat.

[1]) Entsch. Bd. 9, S. 313.

[2]) Kohler, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16.

In der alten Jurisprudenz, d. i. der Jurisprudenz vor Abfassung des Code civil und dem droit intermédiaire der Revolutionszeit, wurden die öffentlichen Urkunden als „lettres“ bezeichnet. [1])

Contre-lettre war also eine gegen eine lettre gerichtete Aufzeichnung. Bei der das gesammte damalige Rechtsleben beherrschenden Schriftlichkeit verstand man unter contre-lettre eine privatschriftliche oder öffentliche oder durch Einregistrirung mit sicherem Datum versehene Urkunde, welche ein anderes öffentlich beurkundetes Rechtsgeschäft aufhob oder abänderte. Die alte Doktrin verstand unter contre-lettres sowohl abändernde, erläuternde oder aufhebende neue Verträge, als auch Verabredungen der Art, dass die Vertragschliessenden im Augenblick des Abschlusses des öffentlichen Vertrages dahin übereinstimmten, dass die geheime Verabredung, nicht der öffentlich beurkundete Vertrag der wirkliche Inhalt ihrer Vertragsberedung sei. [2]) Infolge dieser Vermischung durchaus erlaubter nachträglicher Verträge mit simulirten hatte die alte Jurisprudenz auf die rechtliche Konstruktion dieser an sich durchaus verschiedenen Vorgänge keine Acht.

Da die contre-lettres über simulirte Geschäfte indessen wirthschaftliche Uebelstände im Gefolge hatten, schritt die Gesetzgebung gegen sie ein.

---

[1]) Merlin, mot Contre-lettre, mot Simulation; Demolombe t. 29 Nr. 306.

So wird auch im Code civil noch der Urkundenbeweis als preuve littérale bezeichnet.

[2]) Demolombe t. 29 Nr. 307, 308. On désignait autrefois sous le nom commun de contre-lettres . . . .

a) les actes clandestins, destinés à constater la simulation d'un acte ostensible . . . .

b) les actes additionnels . . . par lesquels les parties modifiaient ou expliquaient un acte . . . fait antérieurement,

Demolombe t. 29 N. 306 berichtet, dass es nicht genau feststehe, welche Wirkung die contre-lettres im alten Recht gehabt hätten. Soviel ist aber gewiss, dass man den öffentlichen Urkunden contre-lettres sous seing privé, privatschriftliche Urkunden, nicht entgegen setzen durfte, während dies bezüglich der notariell beurkundeten oder doch wenigstens mit sicherem Datum und zwar entweder vom gleichen oder einem früheren Tage als der erste Akt aufwies, versehenen lettres gestattet war. [1])

Daneben bestanden Vorschriften, welche einzelne Arten von contre-lettres z. B. über Stiftungen oder Beschenkungen von Klöstern oder Gesellschaften entweder mit Strafe bedrohten, [2]) oder gänzlich verboten, so z. B. contre-lettres bei der Uebertragung von Staatsämtern, [3]) auch in Lothringen bei Kaufverträgen. (Sogenannte contrats de Nonobstant. [4])

Während also die beiden ersten Massregeln nur dem staatlichen bezw. fiskalischen Interesse entsprungen sind, geht die lothringische Spezialbestimmung von dem Schutz der bona fides aus, will den gutgläubigen Dritten aber nicht dadurch sichern, dass sie contre-lettres in Bezug auf Dritte nicht gelten lässt, sondern verbietet sie überhaupt. Das alte Recht hat demnach das fragliche Prinzip nicht gekannt. Das Zwischenrecht hat gleichfalls keine Bestimmungen über contre-lettres und ihre Wirksamkeit.

---

[1]) Toullier t. VIII. Nr. 216; le Nouveau Dénisart V m. Contre-lettre Nr. 2.

[2]) arrêt du 3 mars 1863;

[3]) arrêt du 8 août 1714;

[4]) Verboten durch Herzog Leopold am 8. März 1723 mit folgender Begründung:

parce que la contradiction frauduleuse est condamnable,

Es muss die Vorschrift des art. 1321 daher lediglich aus dem Recht des Code civil selbst heraus geprüft werden.

§ 2.

Die Geschichte der Entstehung des Code civil und die Materialien zu diesem Gesetze bieten in der Hinsicht wenig Stoff.

In den ersten Entwürfen, wie im Entwurf der Kommission findet sich eine ähnliche Bestimmung überhaupt nicht. Daher bieten auch das Gutachten des Kassationshofes und die der Appellationsgerichtshöfe keinen Beitrag zur Lösung der Frage.

Erst bei der Berathung des Titels vom Urkundenbeweise im Staatsrath regte der Generaldirektor des Registers Duchâtel an, die contre-lettres, soweit sie bestimmt seien, die wirklichen Verträge zu verdecken, für nichtig zu erklären, da hierdurch „häufig Private, immer aber der öffentliche Schatz geschädigt werde".[1]) In der hieran sich anknüpfenden Diskussion fand der Gedanke, die contre-lettres gänzlich zu untersagen, wenig Anklang. Die Erörterung ist deshalb lehrreich, weil sie erkennen lässt, dass die einzelnen Redner keine genaue Vorstellung von dem Begriff der richtigen contre-lettres haben. Sie verwechseln contre-lettres und neue Verträge.[2])

---

non seulement par le faux qu'elle renferme, mais encore parce qu'elle tend un piège ruineux à ceux qui sur la vue du contrat d'acquisition quittancé prêtent facilement leurs deniers à l'acquèreur . . . .

[1]) Locré, Legislat. civ. t. XII p. 214 s., Fenet Recueil compl. . . . . t. XIII. p. 112 s.

[2]) Berlier eod. p. 112.

Le lègislateur le doit-il (scil. dénaturer les conventions) lors surtout, qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient

Das Ergebniss der Erörterung war Zurückverweisung an die gesetzgebende Sektion des Staatsraths und Aufstellung des art. 1321, welcher dann ohne weiteres in seiner heutigen Fassung genehmigt wurde.

Die Rechtsgeschichte des art. 1321 lässt somit gleichfalls einen Schluss auf ein in diesem Artikel etwa enthaltenes Prinzip nicht zu.

Es erübrigt daher auf die rechtsdogmatische Gestaltung der Bestimmung einzugehen und zwar zunächst, wie sie sich in der französischen Litteratur und Judikatur findet.

§ 3.

Den Begriff der contre-lettre im Sinne des art. 1321 hat die auf Grund des Code civil erwachsene Litteratur klar herausgebildet.

Contre-lettre bezeichnet nicht mehr wesentlich eine Urkunde. Sie enthält den wahren Inhalt einer Parteiberedung, während diese Parteien in einer für die Oeffentlichkeit bestimmten Form eine andere Abmachung als die von ihnen vereinbarte ausgeben. Sie ist also bestimmt, zum mindesten eine Zeit lang geheim zu bleiben. Demolombe t. 29, Nr. 305.

La contre-lettre est un acte secret, qui annule ou modifie en tout ou en partie un autre acte ostensible; lequel est par cela même un acte simulé.

Aubry et Rau t. 7, § 759 bis

Die contre-lettre ist bestimmt zu beweisen „que les conventions ne sont pas sérieuses . . . . elle a pour objet de constater, soit la simulation totale ou partielle de l'acte auquel elle se réfère.

---

point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens ou d'en réparer les omissions?

Laurent t. 19 Nr. 182:

La contre-lettre est un acte destiné à rester secret et qui déroge â un acte public . . . .

ähnlich:

Larombière t. V p. 539;
Marcadé t. III p. 38;
Toullier t. VIII Nr. 207;
Duraudon t. XIII p. 102 Nr. 104;
Delvincourt t. II titre V p. 187 p. 609 Nr. 14;
Troplong, de la vente Nr. 921;
Bonnier, Traité des preuves Nr. 396, 397;

Diese den wahren Willen der Parteien enthaltende Beredung bedarf keiner besonderen Form. Dass art. 1321 im Titel über die authentischen Urkunden seinen Platz hat, hängt mit der bereits erwähnten Bedeutung des schriftlichen Beweises im Code civil zusammen. Er behandelt den am häufigsten vorkommenden Fall. Einer urkundlichen Aufzeichnung bedurfte die contre-lettre nur, soweit dies zum Beweise nach dem Code civil geboten war. Nach Aufhebung dieser Formvorschriften durch die Civilprozessordnung, der Vorschriften über die öffentlichen Urkunden insbesondere durch den § 380 daselbst, genügt also in allen Fällen ein mündliches, selbst ein stillschweigendes Einverständniss. [1] [2] [3] [4]

---

[1] Laurent t. I9 Nr. 182:

La contre-lettre est une convention sécrète, qui déroge à une convention publique; l'acte qui constate la contre-lettre, fait la même foi que toute espèce d'acte.

[2] Demolombe t. 29 Nr. 323.

On ne saurait dèclarer nulle une contre-lettre qui aurait été consentie verbalement. Seulement la preuve n'en pourrait être admise que suivant les règles ordinaires du Droit commun.

[3] Larombière t. V p. 564.

Il convient assimiler à une véritable contre-lettre établie

Das Rechtsgeschäft, welches durch die contre-lettre zerstört oder abgeändert werden soll, muss nicht notwendig in authentischer Form beurkundet sein. Es gilt auch in dieser Hinsicht das über die Stellung des art. im Titel über die authentischen Urkunden bereits gesagte. Demzufolge wird denn auch von der Wissenschaft und Jurikatur keine authentische Urkunde, wohl aber un acte ostensible verlangt, über dessen Bedeutung an anderer Stelle zu handeln ist.[1][2][3]

Was nun das Verhältnis der contre-lettre zu dem Rechtsgeschäft, welches durch sie abgeändert wird, anlangt, so ist bereits hervorgehoben, dass man in dieser Hinsicht nachträgliche Verträge von contre-lettres streng

---

par acte authentique ou sous seing privé les aveux, déclarations et reconnaissances purement verbales.

[4]) Rheinisches Archiv Entsch. Bd. 85, I. S. 102:

Aus art. 1320, welcher öffentliche und Privaturkunden behandelt, folgt, dass art. 1321 nicht nur öffentliche, sondern auch Privaturkunden berücksichtigt.

[1]) Aus dem Gesagten erhellt, dass die Bestimmung des art. 1321 eine rein materielle ist, sodass sie durch § 380 C.-P.-O. nicht aufgehoben wurde. So auch Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 9, S. 313; 20, S. 337 fg.

[2]) Laurent t. 19 Nr. 192

le contrat patent . . . . .

cod. Nr. 186

La convention à laquelle la contre-lettre déroge est au contraire publique en ce sens que les parties la »produisent« et »la font connaître«.

Il n'ya pas de publicité légale, il n'y à »qu'une publicité de fait«.

[3]) Demolombe t. 29 Nr. 315.

Il est évident qu'elles peuvent être aussi employées pour constater le caractère simulé des conventions partées dans des actes sous signature privée.

scheiden muss. Wird ein Dritter dadurch, dass ihm seitens seines Vertragsgegners das Vorhandensein eines aufhebenden oder abändernden nachträglichen Vertrages verheimlicht wird, in Schaden gesetzt, so kann er sich nur an seinem betrügerischen Kontrahenten erholen und hat einen Anspruch gegen den ursprünglichen Vertragsgenossen des letzeren nur dann, wenn dieser particeps fraudis ist. So sagt denn auch der Regierungsredner Bigot de Preameneu im Exposé des motifs: [1])

Il n'ya qu'une seule convention qui est le produit de la même pensée, c'est à dire d'une pénsée de simulation.

Ferner Laurent t. 19, Nr. 183. La contre-lettre n'est pas une convention nouvelle, elle ne fait qu'un avec l'acte public . . . .

Schliesslich in bezeichnender Weise Demolombe t. 29 Nr. 332.

Ce qui est toujours nécessaire c'est „la simultanéité intellectuelle" des deux actes; il faut que la contre-lettre . . . . ait été dans la volonté commune des parties „arrêtée" en „même temps" que la „convention".

Handelt es sich aber bei den beiden Vertragsberedungen, von denen die eine nach aussen hin als Uebereinkunft hingestellt, die andere geheim gehalten in der für die Aussenwelt bestimmten Kundgebung keinen Platz gefunden hat, nur um einen Akt, so können dies nur simulirte und diesen verwandte Rechtsgeschäfte sein. Es reden denn auch die Schriftsteller wie die Gerichte bei der Anwendung des art. 1321 immer von simulirten Geschäften.

Es fragt sich nur, was die französischen Schriftsteller und Gerichte hier unter simulirten Geschäften verstehen.

[1]) Locré t. XII p. 395.

§ 4.

Die französiche Litteratur, die vorzugsweise Kommentarlitteratur ist, knüpft meist an praktische von den Gerichten entschiedene Fälle bezw. an Urteile an. Sie verzichtet darauf, Rechtslehren systematisch und daher auch die Lehre über den art. 1321 C. c. insbesondere mit Rücksicht auf die Sätze über die Simulation bei den Rechtsgeschäften darzustellen.

Betrachtet man nun die von der erwähnten Litteratur zu art. 1321 angeführten Beispiele unter diesem Gesichtspunkt, so ergiebt sich, dass diese Beispiele sämtlich nicht von wirklich simulirten Geschäften, bei denen die Parteien überhaupt kein Rechtsgeschäft abschliessen wollten, handeln.[1])

Es kommt der Zweifel bezüglich der tieferen Bedeutung des Artikels 1321 auch in dem schon angeführten Urteil des Reichsgerichts Bd. 20, S. 340 insofern zum Ausdruck, als dieses seine Entscheidung nicht unmittelbar auf den Wortlaut stützt, sondern in ihm ein allgemeines seine Entscheidung rechtfertigendes Prinzip findet, während die französische Lehre und Rechtsprechung von einem solchen ausdrücklich nicht spricht, vielmehr nur den Wortlaut anzieht.

Bevor wir aber auf eine Prüfung dessen eingehen, was die französische Litteratur und Judikatur unter simulirten Geschäften bei art. 1321 versteht, wird es erforderlich sein, die Ergebnisse der deutschen gemein- und landrechtlichen Wissenschaft über die Simulation und damit verwandte Rechtserscheinungen kurz anzugeben.

---

[1]) Die einzige Monographie über Simulation von Fourcade macht hier wenigstens in theoretischer Hinsicht eine Ausnahme.

§ 5.

Es sind zu unterscheiden:

1. das simulirte,
2. das dissimulirte,
3. das fiduziarische Geschäft und
4. der rechtsgeschäftliche Schleichweg.

ad 1. Das simulirte, auch leeres Geschäft genannt, ist dasjenige Rechtsgeschäft, bei welchem die Parteien nach aussen einen Willensinhalt als gewollt erklären, während sie in Wirklichkeit eine rechtsgeschäftliche Wirkung überhaupt nicht beabsichtigen.[1]) Es ist kein Nichtgeschäft, sondern ein Geschäft mit zwei sich vollständig neutralisirenden, rechtsgeschäftlichen Erklärungen.[2])

ad 2. Das dissimulirte Geschäft, auch verdecktes Geschäft genannt, ist ein Scheingeschäft, bei welchem die nach Aussen offenbarte Willenserklärung nicht gewollt, dagegen ein anderes Geschäft beabsichtigt ist. Das letztere kommt zustande, wenn a) „die abgegebene Erklärung als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, b) dieser Wille wegen seines Inhalts vom Recht nicht missbilligt wird".[3])

Während nun die unter 1 und 2 erwähnten Geschäfte darin übereinstimmen, dass in beiden der äusserlich erklärte Wille nicht gewollt ist, haben die fiduziarischen Geschäfte und der rechtsgeschäftliche Schleichweg das gemeinsam, dass die Parteien das abgeschlossene Geschäft mit allen seinen Wirkungen, so wie sie es erklärt haben, wollen.

---

[1]) Windscheid, Pandekten I, S. 197.
[2]) Kohler, l. c. Bd. 28, S. 169.
[3]) Windscheid eodem.

ad 3. Bei dem fiduziarischen Geschäft ist eine äussere und eine innere Seite des Rechtsverhältnisses zu unterscheiden. Das innere Verhältnis giebt die Absichten wieder, zu deren Verwirklichung das zwischen den Parteien bestehende Rechtsgeschäft geschlossen wurde. Das abgeschlossene Rechtsgeschäft giebt der einen Partei mehr Macht als sie zur Ausführung des wirklichen Auftrages der anderen Partei bedarf und zwar meistens in der Absicht, ihr durch diese grössere rechtliche Machtfülle die Durchführung des Auftrags zu erleichtern. Beispiele hierfür sind Cession einer Forderung zum Zwecke des Inkasso, Indossirung eines Wechsels durch Vollindossament zum Zwecke der Einziehung und ähnliche mehr.

ad 4. Hiervon unterscheidet sich der rechtsgeschäftliche Schleichweg, welcher durch ein erlaubtes Geschäft einen vom Recht verbotenen Zweck erreichen will.

Bei diesen Gruppen ist die Grenze zwischen den dissimulirten Geschäften und den fiduziarischen insoweit flüssig zu nennen, als es öfters schwierig sein wird, zu erkennen, ob die Parteien das eine oder das andere beabsichtigt haben. So kann es fraglich sein, ob die Cession einer Forderung nur Deckmantel der Einziehung sein soll, oder eine wirkliche Forderungsübertragung beabsichtigt war. [1])

Die Geschäfte der Gruppen 3 und 4 scheiden theoretisch für die Lehre vom art. 1321 vollständig aus. Denn in einem solchen Falle überträgt der eine Contrahent, welcher unter Verletzung der bona fides gegenüber seinem Mitkontrahenten, einem Dritten Rechte gewährt, dem letzteren sein Recht, wie er es aus dem ernstlich geschlossenen Geschäft besass. Hat A dem B

[1]) Regelsberger, Archiv für civ. Pr. Bd. 63, S. 176.

Eigentum oder eine Forderung übertragen, im ersten Falle, um es später einem Dritten, C, zu übergeben, im zweiten Falle, um die Forderung einzuziehen und den Betrag an A abzuliefern, und überträgt B das Eigentum, die Forderung an D, so ist D Eigentümer, Gläubiger, wie sein auctor B es war. Gleichwohl wird diese Gruppe thatsächlich in Betracht kommen, da nach dem vorhin Gesagten lediglich die Absicht der Paciscenten dafür ausschlaggebend ist, ob Gruppe 2 oder Gruppe 3 vorliegt, aber nur der objektive Thatbestand bei der Geschichtserzählung der einzelnen Fälle dem Leser entgegentritt.

§ 6.

Der französischen Jurisprudenz fehlt eine klare Terminologie wie die vorerwähnte. Sie gebraucht bei art. 1321 Code civil den Ausdruck simulirte Geschäfte ausschliesslich für dissimulirte.

Es findet sich in ihr überhaupt eine gewisse Unsicherheit in der gesammten Lehre über die Simulation. Von den Neueren wird der Begriff der simulirten und dissimulirten Geschäfte und ihrer verschiedenen Rechtswirkungen nicht verkannt. Dennoch findet sich auch noch bei ihnen das oben bezeichnete Schwanken.

Während Laurent anerkennt, dass ein ganz simulirtes Geschäft eine Rechtswirkung nicht erzeugt, (tout créancier a le droit de rejeter un acte qu'on lui oppose quand cet acte n'a point d'existence véritable t. 16 Nr. 497) sagt er in t. M. n. 121: là, où il y a une cause simulée, il y a une cause véritable, que les parties ont voulu déguiser. Cette cause peut être licite ou illicite . . .

Fourcade[1]) p. 4, 5, unterscheidet eine absolute und eine relative Simulation. Von der ersten sagt er: colorem habet, substantiam vero nullam; von der letzteren: colorem habet, substantiam vero alteram. Gleich das erste Beispiel aber, an dem er das simulirte Geschäft zeigen will, ist unzutreffend.

p. 4: Un débiteur voulant soustraire ses bieus à l'action de ses créanciers, feindra avec un tiers une vente de ces biens; mais aux termes d'une contre-lettre, l'acquéreur ne deviendra jamais propriétaire et „ne sera qu'un détenteur pour le compte du prétendu vendeur."

Mit den letzten Worten bezeichnet er selbst den wahren Inhalt des Vertrags; dieser ist mithin kein leeres Geschäft.

Freilich ist das rein simulirte Geschäft höchst selten, da die Parteien meist bei Scheingeschäften ein bestimmtes anderes beabsichtigen.

Auch ist der Unterschied manches Mal ein sehr feiner. Ueberträgt z. B. jemand, der den Zugriff seiner Gläubiger befürchtet, eine Forderung einem andern, und würde der Inhalt der contre-lettre der sein, dass der Cessionar die Forderung einziehen und etwa nach Beendigung des drohenden Gläubigerzugriffs die Zahlung heimlich an den Cedenten gelangen lassen oder für ihn aufheben solle, so wäre das Geschäft ein dissimulirtes. Solange aber lediglich das Einverständniss der Parteien dahin geht, dass der abgeschlossene Vertrag nicht abgeschlossen sein solle, ist er ein rein simulirtes, ein leeres Geschäft.

Die älteren Schriftsteller scheiden diese beiden Kategorien gar nicht.

---

[1]) Fourcade, Étude sur la Simulation.

So sagt Demolombe t. 24, Nr. 370: la simulation par elle même n'est pas dans notre droit un motif de nullité.

In gleicher Weise äussert sich Zachariae-Dreyer I § 355.

Es kann solchen Ausprüchen nur der Gedanke zu Grunde liegen, dass ein simulirtes Geschäft nur ein anderes Geschäft verdecke. Sei dieses gültig, so thue die Simulation der Gültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts keinen Eintrag.

Dieser Gebrauch des Wortes simulation für dissimulirte Geschäfte und die Thatsache, dass die letzteren die thatsächlich am meisten vorkommenden sind, machen es erklärlich, dass, wie bereits bemerkt, die Lehre über die Bedeutung des art. 1321 sich nur mit dissimulirten Rechtsgeschäften beschäftigt.

§ 7.

Bereits der Regierungsredner im Staatsrath Bigot de Préameneu hat nicht an rein simulirte, also absolut nichtige Rechtsgeschäfte gedacht, wenn er zur Begründung des genannten Artikels ausführt: Les contractans peuvent „révoquer" ou „modifier" à leur gré leurs obligations: mais le plus souvent, lorsqu'ils reviennent ainsi sur leurs engagemens et surtout lorsque c'est dans le même temps ou ils ont été formés, il y a une intention coupable, celle de tromper des tierces personnes par un acte qui est en apparence sérieux . . . . . les contractans peuvent résoudre ou révoquer leurs engagemens comme ils peuvent les former.

Le droit naturel des contractans (scil. de contracter) . . . . .

Die gewählten Ausdrücke résoudre, révoquer, le droit de contracter u. s. w. lassen nicht zweifelhaft, dass der Redner nur contre-lettres gegenüber dissimulirten Verträgen im Auge hat.

Nur solche finden auch bei den übrigen Schriftstellern bei Aufstellung der bereits mitgeteilten Definitionen Berücksichtigung.

Einige dieser Definitionen sprechen allerdings neben dem modifier en tout ou en partie auch von einer annulation en tout ou en partie. Ausdrücke wie annulation en tout oder wie Larombière sagt: déclarer l'acte patent „comme nul et non avenu" lassen sich nun ohne Zweifel so auslegen, dass man darunter speziell die reine Simulation versteht. Es ist eine Willenserklärung abgegeben, die im selben Augenblick durch den Gegenschein aufgehoben wird. Gleichwohl muss man behaupten, dass diese Definitionen wenigstens nicht mit vollem Bewusstsein so weit gefasst sind, dass das rein simulirte, das leere Geschäft, darunter fallen sollte. Dem widerspricht die Ausdrucksweise annulation en tout ou „en partie". Die beiden in einander greifenden Willenserklärungen, welche den Vertrag darstellen, können, wenn sie simulirt sind, nur völlig, nicht teilweise nichtig sein, es müsste sich denn nicht um einen, sondern um mehrere in einen Akt zusammengefasste Verträge handeln. Handelt es sich um einen Vertrag mit einer Anzahl von Bedingungen, die wenigstens nach aussen hin den Eindruck erwecken, dass die Willenserklärungen von der Gesamtheit der Abmachungen so bedingt sind, dass diese sämtlich zusammengenommen den Vertragsinhalt ausmachen und nur so abgegeben erscheinen, und ist eine dieser Bedingungen geändert oder fallen gelassen, so handelt es sich um

ein modifier des Vertrages. Es ist dieser nicht in einem Punkte simulirt, sondern das ganze Rechtsgeschäft ist, wie wir weiter unten S. 24 und 36 sehen werden, dissimulirt.

Es ist daher gerechtfertigt, anzunehmen, dass annuler nichts anderes wie die übrigen Ausdrücke changer, modifier en tout ou en partie bedeutet. Modifier en tout „völlig verändern" ist gleichbedeutend mit annuler en tout. Wird ein Kaufvertrag geschlossen, durch einen Gegenbrief aber festgestellt, es sei ein Kauf nicht vorhanden, der Käufer müsse das Kaufobjekt vielmehr einem Dritten überliefern, so berücksichtigt die wenig scharfe, der termini technici in diesem Sinne fast entbehrende Sprache der Kommentare nicht, dass statt des Kaufvertrages ein fiduziarisches Geschäft gewollt war, oder der Vertrag ein dissimulirter ist. Sie sieht nur auf die auch bei einem dissimulirten Geschäft vorhandene Nichtigkeit des nach aussen hin als bestehend angegebenen Geschäfts und spricht demnach von einer annulation, einer déclaration comme nul et non avenu des Kaufvertrages. Dies wird zur Gewissheit, wenn man wie bereits wiederholt erwähnt, sieht, dass Theorie und Praxis die Bedeutung des art. 1321 nur an dissimulirten Geschäften erörtern. Vielleicht ist auch der nur von einigen Autoren gewählte Ausdruck (— ich finde ihn nur bei Demolombe und Larombière, die übrigen sprechen von modifier, changer u. ä. —) noch von der noch nicht ganz überwundenen Lehre der alten Juristen beeinflusst, welche unter contre-lettres auch nachträgliche Verträge verstanden. Es würde dies durch die Vorliebe der Schriftsteller, allgemeine Definitionen nur dem Ausdruck, selten dem Sinne nach verändert, von den älteren Autoren zu übernehmen, leichter erklärlich.

Was nun die Beispiele, welche von den Schriftstellern angeführt werden, anlangt — es sind meist Thatbestände, die den Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen entnommen sind — so enthalten sie zwei typische Fälle.

Der erste ist: Angabe eines niedrigeren Kaufpreises als des wirklich vereinbarten (Zweck: Stempelhinterziehung). Der zweite: Eigentumsübertragung eines Immobils an einen anderen mit der Auflage der Ueberlieferung an einen Dritten (Zweck: meist Gewährung eines praecipuum an einen Erben).

Der erste immer wieder angeführte Fall stellt das dissimulirte Geschäft dar.

Laurent glaubt allerdings, hier sei ein ernstlicher Kaufvertrag abgeschlossen und nur ein essentiale negotii — le prix — simulé. Selbst wenn man diesen Ausdruck dahin richtig stellt, es sei nur die Vereinbarung über den Preis simulirt, bleibt er immer zum mindesten ungenau.

Ein Geschäft ist nicht nur dann ein dissimulirtes, wenn die Parteien ein Geschäft anderer Art abschliessen wollten als sie erklärten, (Pachtvertrag statt Kaufvertrag), sondern auch wenn das versteckte Geschäft ein anderes Geschäft derselben Art ist, wie das nach Aussen erklärte.

Bei dem zweiten Fall entsteht der Zweifel, ob wir hier nicht ein fiduziarisches Geschäft haben. Zweifelsohne kann ein solches darin gefunden werden. Es würde aber dann bei Erreichung desselben Erfolges die Anwendbarkeit des art. 1321 Code civil entfallen. Da aber, wie schon gesagt, auf die etwaige darauf gehende Absicht der Paciscenten aus der einfachen Geschichtserzählung nicht geschlossen werden kann, andererseits aber auch eine derartige Verkennung

von Rechtsgrundsätzen bei den Schriftstellern, welche diese Fälle sämtlich als unter art. 1321 fallend behandeln, nicht angenommen werden darf, muss man annehmen, dass die erklärten Geschäfte nicht beabsichtigt waren. Es kann dabei dahin gestellt bleiben, ob die Gerichte, denen die Fälle zur Entscheidung unterbreitet waren, immer die Intention der Parteien richtig ausgelegt haben. Die Schriftsteller behandeln jedenfalls alle diese Geschäfte als dissimulirte.[1])

In gleicher Weise handelt es sich bei den übrigen angezogenen Entscheidungen um versteckte Geschäfte.

So z. B.:

Laurent t. 19, Nr. 190.

Es ist ein höherer Kaufpreis vereinbart als der im Vertrag angegebene. Der Verkäufer klagt auf Auflösung wegen Nichterfüllung. Die Gläubiger des Käufers interveniren und bieten Zahlung des im Vertrage angegebenen geringeren Betrages an. Die Vereinbarung des höheren Preises kann ihnen nicht entgegengehalten werden.

---

[1]) Demolombe t. 29, Nr. 314 fasst richtig die Verwendung des sogenannten prête-nom (Strohmann) zum Erwerb von Rechten als fiduziarisches Geschäft auf.

Le prête-nom comme on l'appelle, devenant, en effet, à l'égard des tiers, le seul maître de l'affaire, les conventions particulières qu'il peut avoir faites avec son mandant, leur sont étrangères; et elles ne peuvent pas plus être invoquées par eux qu'elles ne peuvent leur être opposées.

C'est avec le prête-nom qu'ils ont fait leur convention.

La convention produit donc entre eux et ce prête-nom tous les effets, qu'elle doit produire, sans que les tiers aient à s'occuper des rapports, qui peuvent exister entre le prête-nom et son mandant.

eodem Nr. 185.

Es wird eine Darlehnsobligation konstituirt. In Wirklichkeit war ein Darlehn nicht gegeben. Es handelte sich vielmehr um die vorläufige Bezahlung einer noch nicht genau festgestellten Rechnung.

eod. Nr. 185, Abs. 2.

Ein Gesellschaftsvertrag ist nach aussen hin mit A, in Wirklichkeit mit B geschlossen.

Larombière V p. 566.

Man quittirt über den Empfang eines noch nicht gezahlten Kaufpreises.

Demolombe t. 29, Nr. 316.

Jemand verkauft ein Immobile an einen andern. Der Verkäufer soll aber Eigentümer bleiben, der Käufer nur den Anschein eines Eigentümers erhalten.

Man könnte versucht sein hier den Fall eines rein simulirten Geschäfts anzunehmen. Der Wortlaut der Stelle steht dem nicht entgegen. Es erscheint aber auch die Auslegung zulässig, dass das verdeckte Geschäft nicht genannt und nur der dem äusserlich erklärten widersprechende Erfolg der contre-lettre angeführt ist, welcher trotzdem nicht verhindert, dass der gutgläubige Dritte mehr Rechte erwirbt als sein Vorgänger hatte. Diese Auslegung erscheint auch als die richtigere, wenn man bedenkt, dass Demolombe wenn er auch die rein simulirten Geschäfte hätte treffen wollen, den Gegensatz zu den andern Autoren wohl hervorgehoben haben würde. Gerade von Demolombe rührt aber auch der Simulation und Dissimulation zusammenwerfende Spruch her: la simulation n'est pas une cause de nullité par elle même.

Demolombe eodem (29 Nr. 316).

Der Verwaltungsrath oder Aufsichtsrath einer Bank muss statutgemäss Eigentümer einer Anzahl

Aktien dieser Bank sein. Er weist sich als solchen aus durch einen Vertrag, der ihn als Eigentümer erscheinen lässt. Thatsächlich begründet der Vertrag ein anderes Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Mitkontrahenten.

Das dissimulirte Geschäft ist, wie eingangs ausgeführt, entweder gültig oder als vom Recht missbilligt, ungültig. Bezüglich des letzteren Falles heisst es bei den Schriftstellern, die mit einer nachher zu erwähnenden Ausnahme art. 1321 auf beide Fälle anwenden, es gebe contre-lettres, die nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch unter den Parteien ungültig seien. [1])

Soll diese Gegenüberstellung einen Sinn haben, so kann sie nur bedeuten, dass Dritte nach der Ansicht dieser Autoren aus der ursprünglichen bezw. in die Erscheinung tretenden Verabredung Rechte erwerben können. Denn der Satz, dass eine ungültige Vereinbarung zwischen zwei Parteien auch einem Dritten gegenüber ungültig sei, ist an sich selbstverständlich.

Auch führen diese Schriftsteller aus, dass die durch einen Scheinverkauf bezweckte Leistung eines praecipuum einmal eine gesetzlich erlaubte, ein andermal, weil die disponible Quote übersteigend eine vom Gesetz verbotene Verfügung sein könne, [2]) ohne für

---

[1]) Laurent und Demolombe.

[2]) Demolombe t. 29, Nr. 316.

Tantôt la contre-lettre est destinée à constater que l'acte ostensible qui contient une vente n'est en réalité qu'une donation, qui est faite peut-être par une personne incapable de donner ou à une personne incapable de recevoir ou qui excède la quotité disponible.

den letzten Fall dem Dritten, welcher von dem ungetreuen Fiduziar oder Mandatar das Eigentum oder eine Hypothek erworben hat, sein erworbenes Recht zu nehmen.

Nur Fourcade will den acte réel des parties qui ne constitue qu'une fraude à une loi d'ordre public ausnehmen. Er behauptet, un débiteur qui a dissimulé le caractère usuraire de sa dette sous les dehors d'un contrat régulier, sera admis à établir contre le cessionaire de la créance la cause illicite de son obligation. Als Grund dieser übrigens, wie er selbst angiebt, von Piet, Vatimesnil, Duverger, Pardessus, Bonnier, Duranton etc. in einem Gutachten bekämpften Ausnahme bezeichnet er, nachdem er zugegeben, dass sehr viel gegen seine Ansicht spreche: art. 1321 enthalte eine singuläre Bestimmung. Er habe gewisse Gefahren, denen die droits privés des tiers ausgesetzt seien, vermeiden wollen. Fourcade fährt dann fort: p. 98: mais dans le conflit des intérêts privés et des nécessités de l'ordre public, peut il y avoir place pour l'hésitattion?

Warum soll aber ein Dritter Schaden leiden, wenn der versteckte Vertrag aus Gründen des ordre public nichtig ist? Der öffentlichen Ordnung geschieht doch Genüge, wenn das von ihr verbotene Geschäft verhindert wird. Sie verlangt im Gegenteil, dass der gutgläubige Dritte nicht zu Schaden komme bezw. dass die Parteien, wenn sie ein verbotenes Geschäft in andere Form kleideten, neben der Nichtigkeit, die sie trifft, auch noch den Schaden haben, dass der Dritte zu ihrem Nachteil auf Grund jener Form ein Recht erwirbt.

Ziehen wir die Summe des Inhalts dieses Paragraphen, so finden wir bestätigt, dass art. 1321 von

Litteratur und Praxis nur auf die Scheingeschäfte angewandt wird. Ein einziger neuer Schriftsteller macht eine Ausnahme: Fourcade in seiner bereits genannten Schrift, p. 90.

Er sagt daselbst allerdings: Toute simulation se résout en effet en une contre-lettre en prenant ce mot dans son sens le plus général qui est celui d'une convention sécrète modifiant ou détruisant une convention apparente. Hält man hiermit zusammen, dass er, wie S. 20 ausgeführt unter simulation sowohl die absolute (leeres Geschäft i. u. Sinne) als die relative Simulation (dissimulirtes Geschäft) versteht, so ergiebt dies, dass er art. 1321 auch auf rein simulirte Geschäfte ausdehnt. Das gleiche erhellt aus seinen weiteren Ausführungen auf p. 108. Fourcade erörtert dort den Fall, dass zwei Dritte in Konflikt gerathen. Er hält nach dem Vorgang von Passama und M. Martin dafür, dass auch hier das Prinzip des art. 1321 Anwendung finde, führt aber als Bekenner der gegenteiligen Ansicht Laurent an, welcher sich für seine Meinung auf art. 2125 Code civil berufe und ausführe, dass ein simulirter Akt kein Recht auf die eine kontrahirende Partei übertrage, diese also auch ihrerseits kein Recht weiter übertragen könne.

Die Lösung dieser Frage bietet für uns an und für sich kein Interesse. Die Anführung Laurents, welcher an der angegebenen Stelle unzweifelhaft von absolut nichtigen, simulirten Geschäften spricht, beweist aber wiederum, dass Fourcade art. 1321 auch auf rein simulirte Geschäfte anwenden will.

Der Werth dieser theoretischen Stellungnahme wird aber wieder dadurch beeinträchtigt, dass Fourcade, wie S. 20 ausgeführt, praktisch das dissimulirte Geschäft dennoch wieder mit dem simulirten

zusammenwirft und auch als Beispiele zu art. 1321 nur dissimulirte Geschäfte anführt: Verkauf eines Immobils und Uebergabe desselben mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten; Vereinbarung eines höheren Preises; Bezeichnung eines Immobilarverkaufs an eine Gesellschaft seitens eines der Gesellschafter als Einbringen in die Gesellschaft.

Auch macht er eine mit der „bewussten" Anwendung des art. auf simulirte Geschäfte unverträgliche Ausnahme, indem er, wie schon ausgeführt, bei dissimulirten Geschäften mit ungültiger causa die Geltendmachung der Simulation gestatten will.

§ 8.

Es dürfte daher der Schluss gestattet sein, dass die französische Jurisprudenz einen allgemeinen Grundsatz, dessen gesetzlicher Niederschlag die Vorschrift unseres Artikels darstellt, nicht aufgestellt hat.

Fourcade's Ausführungen können hiergegen nicht ins Feld geführt werden. Denn jener geht von der von uns angegriffenen Annahme aus, dass die frühere Jurisprudenz, wenn sie bei art. 1321 von simulirten Geschäften spricht, beide Arten verstanden habe. Er kommt zu seinem Ergebnis, indem er in den vorgefundenen Begriff „simulirtes Geschäft" die heute auch von der französischen Wissenschaft und Praxis erkannte richtige Begriffsbestimmung einsetzt, ohne sich weitere Rechenschaft darüber abzulegen, ob es nicht gerade zu unlogisch sein würde, die rein simulirten Geschäfte anders zu behandeln, als die dissimulirten, und umgekehrt ebenso unlogisch, wiederum einen Teil der dissimulirten Geschäfte (solche mit ungültiger causa) anders zu behandeln als die rein simulirten.

Der Grund dieser Auffassung der Lehre bei den französischen Juristen dürfte aber m. E. nicht darin liegen, dass man die Wirksamkeit des Gesetzes auf die dissimulirten Geschäfte beschränkt wissen wollte, sondern in der bereits erwähnten mehr praktischen als systematischen Methode.

Die obige Behauptung, dass ein allgemeines Prinzip nicht angenommen wird bezw. nicht zum Bewusstsein gekommen ist, findet noch eine mittelbare Bestätigung durch den wiederholten Hinweis der Autoren, dass sich eine immer zutreffende Definition für contre-lettre nicht geben lasse, dies vielmehr der Richter im einzelnen Falle nach seinem Ermessen entscheiden müsse.

So z. B.

Aubry et Rau t. 7 § 756 bis

La question de savoir si un écrit est une contre-lettre se trouve comme simple question de fait et d'intention abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Ebenso Bonnier, traité des preuves t. II p. 513;

Demolombe t. 29, Nr. 310.

§ 9.

Fassen wir das Ergebnis des bisher ausgeführten zusammen, so lautet dasselbe: Im alten Recht, in der Geschichte des Code civil, der Lehre der Theoretiker und der Rechtsprechung lässt sich ein begründeter Anhalt dafür nicht finden, dass der art. 1321 bewusster Weise auch auf rein simulirte Geschäfte ausgedehnt bezw. angewandt worden sei.

Es liesse sich vielmehr eine Ausführung bei Laurent t. 16 Nr. 499 im gegenteiligen Sinne verwerten. Laurent sagt hier: Quand il s'agit des droits concédés à des tiers

en vertu d'un acte simulé, il faut appliquer le même principe (scil. le droit concédé au tiers tombe avec le droit du concédant) et à plus forte raison. En effet un acte simulé ne donne aucun droit à celui au profit duquel il est souscrit; et comment celui qui n'a aucun droit sur une chose pourrait il transmettre à des tiers des droits qu'il n'a point?

Fourcade in seiner Schrift über die Simulation p. 110 nimmt an, dass Laurent hier keine allgemeine Regel aufstelle, sondern es nur ablehne, auf den Fall eines Konfliktes zwischen zwei gutgläubigen Dritten das Prinzip des art. 1321 C. c. anzuwenden. Laurent führt diesen Satz nämlich als Begründung seiner Ansicht an, dass Gläubiger die Simulation eines Aktes gegenüber einem Dritten, der an der Simulation nicht teilgenommen habe, geltend machen könnten.

Dagegen spricht indessen, dass er den art. 1321 gar nicht erwähnt. Auch glaube ich nicht, dass Laurent entgegen dem Wortlaut des art. 1321, der nicht etwa besagt, eine Partei dürfe eine contre-lettre Dritten gegenüber nicht geltend machen, sondern viel weiter dahin gefasst ist, dass contre-lettres Dritten gegenüber keine Kraft besässen, durch eine derartige Auslegung den Schutz des gutgläubigen Dritten in vielen Fällen zum mindesten praktisch wertlos machen wollte. Der Scheinveräusserer brauchte ja nur das durch simulirtes Geschäft veräusserte Objekt an einen andern zu übertragen, um den gutgläubigen Dritten in eben die Falle fallen zu lassen, zu deren Beseitigung art. 1321 doch dienen soll.

Laurent hat vielmehr m. E. nur die allgemeine Regel betonen wollen, von der art. 1321 eine Ausnahme bildet. Damit ist aber die Ausnahme selbst auch für simulirte Geschäfte noch keineswegs verneint.

Kann man doch diese Regel ebensowohl den dissimulirten Geschäften entgegenhalten! Auch der scheinbare Käufer, welcher das Immobile einem Dritten übertragen soll, es aber an einen andern gutgläubigen Erwerber verkäuft, überträgt diesem ein Recht, welches er nicht hat, und derselbe Laurent sagt mit Bezug hierauf in t. 19 Nr. 183: De là résulte une conséquence assez singulière, c'est que l'acte simulé a plus d'effet que l'acte véritable, la fiction l'emporte sur la vérité.

Kein Zeugnis spricht also dafür, dass art. 1321 eine allgemeine Regel enthält, dass insbesondere die rein simulirten Geschäfte in denselben einbezogen werden müssen.

§ 10.

Eine solche Einbeziehung muss aber m. E. nach allgemeinen Grundsätzen erfolgen. Das ergiebt sich, wenn man die Wirkung einer contre-lettre auf die juristische Konstruktion der Rechtsgeschäfte betrachtet.

Fiduziarische Geschäfte und rechtsgeschäftliche Schleichwege scheiden hier aus. Bei ihnen ist eine contre-lettre, une convention, eine Uebereinkunft unter den Parteien, welche mit dem ostensiblen Akt nur einen Akt ausmacht, und nach allgemeinen Rechtsregeln als wirklicher unter den Kontrahenten geschlossener Vertrag auch gegen Dritte wirken müsste, begrifflich unmöglich. Die innere Seite des fiduziarischen Geschäfts, der Zweck, den der rechtsgeschäftliche Schleichweg erreichen soll, mögen von den Parteien ausgesprochen sein, sie mögen von ihnen aufgezeichnet werden; sie berühren aber jedenfalls nicht das wirkliche unter ihnen bestehende Vertragsverhältnis und sind eben deshalb ohne Einfluss gegen Dritte.

Eine Gegenberedung von der Art der contre-lettre, die zu einem in der Aussenwelt existenten Rechtsgeschäft hinzutritt, kann dieses in der Art verändern, dass sie entweder ein Geschäft mit anderem Inhalt an die Stelle setzt, oder die im ersten enthaltenen Willenserklärungen durch die gerade entgegengesetzten ihrer Wirkung beraubt.

Die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte anlangend, ist im ersten Falle (dissimulirtes Geschäft) eine andere cause an Stelle der angegebenen nicht vorhandenen getreten (darum la fausse cause) und das Geschäft, soweit die vorhandene aber versteckte cause eine cause licite ist, gültig.

Für diesen Fall des dissimulirten Geschäfts mit cause licite ist die Anwendbarkeit des art. 1321 unbezweifelt.

Ist nun die versteckte cause des dissimulirten Geschäfts eine cause illicite, so wird es zu einem solchen, welches sans cause ist. Die fausse cause, welche nach aussen hin als cause auftritt, ist in Wirklichkeit nicht vorhanden, eine cause illicite genügt nicht, um dem Geschäft Rechtswirksamkeit zu verleihen. Es ist also nichtig und zwar absolut nichtig, weil es sans cause ist.

Anscheinend anderer Ansicht ist Toullier t. 8 Nr. 221 e. s.

Er berichtet folgenden Fall:

A verkäuft ein Gut an B. Der Vertrag giebt als Kaufpreis 100 000 Frcs. an. Eine contre-lettre unter Privatunterschrift besagt, dass der Kaufpreis in Wirklichkeit 150 000 Frcs. betrage. Derartige in fraudem fisci abgefasste contre-lettres waren durch das Gesetz vom 22. frimaire an 7 für ungültig erklärt. Toullier ist nun der Auffassung, dass B zum Schaden seiner

Ehre gegen alle Ansprüche des A gesichert sei. Letzterer könne mit keiner Art Klage die 50000 Frcs. erlangen. Dies kann er allerdings nicht. Aber der ganze Kaufvertrag ist nichtig. Ein Kaufgeschäft zu 100000 Frcs. wollten die Parteien nicht abschliessen, der Abschluss zu 150000 Frcs. ist ungültig, ein Vertrag also überhaupt nicht zustande gekommen. A kann sein Gut, B die gezahlte Summe wieder verlangen.[1])

Das simulirte Geschäft ist ebenfalls nichtig, weil es sans cause ist. Simulirtes Geschäft und dissimulirtes Geschäft mit cause illicite sind also in Bezug auf die Rechtswirkung, welche sie in der Aussenwelt hervorrufen, gleichzustellen, und ein innerer Grund, die eine Gruppe von Rechtsgeschäften mit Bezug auf art. 1321 anders zu behandeln als die andere, liegt nicht vor. Dies gilt aber auch umgekehrt, wenn man wie Fourcade die simulirten Geschäfte unter art. 1321 einbezieht, für die dissimulirten mit einer cause, die dem ordre public zuwider und darum illicite ist.

Cretschmar[2]) meint in der Anm. zu art. 1321, die Frage, ob art. 1321 soweit gehe, dass ein unter den Parteien nur dem Scheine nach abgeschlossenes, in Wirklichkeit nicht bestehendes Rechtsgeschäft von dem gutgläubigen Rechtsnehmer der einen Partei der anderen gegenüber als rechtsgültig angerufen werden könne, sei, wenn sie auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 9, S. 313 dahingestellt sein lasse, verneinend zu entscheiden, weil die Gegenscheine nur Nebenumstände und Nebenabreden cachiren sollten,

---

[1]) In gleicher Weise erklärt ein dissimulirtes Geschäft mit cause illicite für nichtig Pothier, de la vente Nr. 39. Ebenso Zach. Crome § 128 Anm. 4 in Verbindung mit § 412a Anm. 12, Bd. II S. 753.

[2]) Cretschmar, Rheinisches Civilrecht zu art. 1321.

während von Kontrahenten überhaupt mangels jeden Rechtsgeschäfts keine Rede sein könne. In ähnlicher Weise sagt das Reichsgericht in der ebengenannten Entscheidung, der art. 1321 betreffe zunächst nur Gegen- oder Nebenverabredungen bei einer an sich zu Recht bestehenden Verbindlichkeit.

Diese Ansicht ist m. E. irrig. Zunächst ist die Beschränkung der contre-lettres auf Verbergung von Nebenabreden und Nebenumständen durch nichts gerechtfertigt. Die Gegenabrede greift vielmehr den Charakter des Rechtsgeschäfts selbst an. Sie vernichtet oder verändert ihn. Wenn die französischen Juristen von einer gänzlichen oder teilweisen Veränderung sprechen, so ist dieser Ausdruck ungenau. Ein Rechtsgeschäft, bei welchem auch nur ein einziger wesentlicher Bestandteil (wesentlich entweder als essentiale negotii oder durch Bestimmung des Parteiwillens) geändert wird, ist nicht mehr dasselbe Rechtsgeschäft; es ist ein neues anders geartetes Geschäft als das vorige.

Wäre dies anders, so wäre die Gegenabrede ein neuer Vertrag, welcher einen Zusatz zu dem älteren enthält und ihn so abändert, aber nicht eine contre-lettre im Sinne unseres Artikels.

Das weitere Argument, es könne von Kontrahenten mangels jeden Vertrags nicht die Rede sein, ist gleichfalls ohne Bedeutung.

Bei dem rein simulirten Geschäft kann man ebensogut und ebensowenig von Kontrahenten sprechen, wie beim dissimulirten mit ungültiger causa. Auch bei dem letzteren besteht keine rechtliche Gebundenheit unter den Parteien; ja in den meisten Fällen wird man nicht einmal anführen können, es bestehe der Unterschied zwischen den dissimulirten und den simulirten Geschäften, dass die ersteren wenigstens auf Hervorbringung einer

Rechtswirkung gerichtet seien. Fast immer wird es demjenigen, welcher ein Geschäft mit vom Recht missbilligter causa unter der Form eines anderen Geschäfts versteckt, bekannt sein, dass die Erreichung des vorgesetzten wirtschaftlichen Erfolges von der von rechtlichem Zwange unbeeinflussten freien Willensentschliessung seines Partners abhängt. Thatsächlich treten sowohl bei den ungültigen dissimulirten wie bei den simulirten Geschäften die Parteien nach aussen hin als Kontrahenten auf. Es sind nichtige aber keine Nichtgeschäfte.

Am Schlusse seiner Anmerkung nimmt übrigens Cretschmar im Widerspruch zum grösseren Teil derselben nach der Entsch. des Reichsgerichts Bd. 20, S. 340 das Bestehen eines allgemeinen Prinzips an, dass man sich gutgläubigen Dritten gegenüber auf ein simulirtes Geschäft nicht berufen dürfe.

Die Einwendungen des genannten Autors geben also keine Veranlassung, art. 1321 auf simulirte Geschäfte nicht anzuwenden.

Der Schluss, welcher m. E. gezogen werden muss, ist folgender:

Art. 1321 bezieht sich nach seinem Wortlaut, also ausdrücklich, nur auf die versteckten Geschäfte mit gültiger causa („die Gegenverabredung hat nur Kraft unter den Parteien"); mit Recht findet er auf dissimulirte Geschäfte mit ungültiger causa thatsächliche Anwendung.

Dann fordert aber die Logik, dass er auf Geschäfte mit derselben rechtlichen Wirkung, wie dies bei den simulirten Geschäften der Fall ist, ebenfalls bezogen werde.

Hierfür lässt sich auch noch verwerten, dass in allen drei Fällen die Abweichung von der Regel dieselbe ist. Der Dritte erwirbt in allen Dreien ein Recht von

einem auctor, der dasselbe nicht besass, mag dem auctor nun ein anderes Recht oder keines zugestanden haben.

Eine solche Abweichung von der Regel ist übrigens auch so überaus selten nicht. Aehnliche Erscheinungen finden sich z. B. bei der Prozessvollmacht, welche abgesehen von der Beendigung des Rechtsstreits durch Verzicht, Anerkennung und Vergleich dem Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann. Sie findet sich ferner bei der Dritten gegenüber unbeschränkten Vollmacht des Prokuristen und in anderen ähnlichen Fällen.

§ 11.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft betont, soweit sie auf dem Standpunkt der Aeusserungstheorie steht, auch in der gegenwärtigen Frage das Bedürfnis des Verkehrs. Vielfach wird daher ein Einstehen des ersten Scheinkontrahenten für seine Willenserklärung um deswillen für gerechtfertigt gehalten, weil er dieselbe in einer den Dritten täuschenden Weise dem Verkehr übergeben habe.

Diese Anschauung findet sich insbesondere unter Bezugnahme auf das französische Recht in den Protokollen zum Bürgerlichen Gesetz-Buch für das Deutsche Reich, Bd. I S. 390 vertreten.

Es erhellt, dass durch eine derartige Begrenzung des Prinzips der daraus entspringende Rechtszustand eine gewisse Aehnlichkeit mit der im Bürgerlichen Gesetz-Buch erfolgten Regelung aufweisen würde. Es würde der Satz nicht mehr allgemein, sondern nur in besonderen Fällen zur Anwendung kommen, und der Unterschied wäre nur der, dass diese besonderen Fälle im französischen Recht nach einer allgemein lautenden

Norm zu bestimmen wären, während das Bürgerliche Gesetz-Buch sie einzeln aufzählt.

Diese Anschauung in den Protokollen, dass es einer Art „Begebung“ einer Urkunde bedürfe, ist aber zurückzuweisen.

Als Grund der Bestimmung in art. 1321 Code civil wird von den Schriftstellern allgemein angegeben die Rücksicht auf die bona fides, auf Treu und Glauben im Verkehr.

Laurent sagt hierüber t. 19, Nr. 190:

Or, le but de l'article 1321 est précisément d'empêcher toute fraude en préjudice de ceux, qui ne connaissent point la contre-lettre.

Dann Demolombe in t. 29, Nr. 345:

C'est de garantir d'un dommage injuste ceux-là que cet acte simulé pourrait induire en erreur. Man vergleiche ferner bei Fenet, XIII p. 95 den Ausspruch des Tribuns Jaubert: une maxime que la foi publique a fait admettre.

Es handelt sich also um Wahrung der bona fides zu Gunsten des Dritten. Würde man aber eine Art „Begebung“ der Urkunde verlangen, so trüge man ein gewisses Schuldmoment in die Sache hinein. Es wäre nämlich in jedem einzelnen Falle nach der jeweiligen Sachlage zu prüfen, ob in der Behandlung der Urkunde ein Verschulden gefunden werden könnte, ob mit Willen des sich der Urkunde entäussernden diese an die Oeffentlichkeit gelangt ist, so dass jeder Dritte ihr Glauben schenken musste.

Es müsste dann aber, um einen Anspruch zu konstruiren ein Verschulden nach art. 1382 Code civil vorhanden sein.

Ein solches Verschulden wird aber in den meisten der hier in Betracht kommenden Fälle nicht vorliegen,

da doch die Weiterbegebung an Dritte ausschliesslich auf einem Treubruch der zweiten Vertragspartei beruht.

Auch wäre die logische Folge eines Verschuldens des ersten der Scheinkontrahenten ein Schadensanspruch des verletzten Dritten, nicht aber eine Uebertragung des dem ersten zustehenden Rechts an dem letzteren.

Eine mehr objektive Auffassung des Grundes des aus dem art. 1321 folgenden Prinzips entspricht aber auch besser der Rechtsentwickelung.

Bei der Lehre vom Willen und der Erklärung des Willens treten in allen Rechten die Fragen einmal der unbewussten und dann der bewussten Abweichung zwischen beiden auf. Es herrscht hier der Gedanke, den Schuldlosen entweder dadurch zu schützen, dass sein Recht bestehen bleibt, oder ihn in gerechter Weise schadlos zu halten. Es schwankt aber die Anschauung, wann dieser Schutz zu gewähren, die Entschädigung zu leisten sei. Im Anfang stellt sich das Recht bezw. die Theorie, welche im gemeinen Recht hier auf die Praxis befruchtend wirkte, während sie bei codifizirten Gesetzen wenigstens den Gesetzgeber beeinflusst oder beeinflusst hat, auf einen subjektiven Standpunkt, um dann in der späteren Entwickelung einen objektiven einzunehmen.

So hat Ihering, der Urheber der Lehre von der culpa in contrahendo, welcher ihr ursprünglich den Gedanken des subjektiven Unrechts zu Grunde legte, „ausgesprochen, dass seine Theorie der Umwandlung in eine objektivere Fassung bedürfen werde“.[1])

Was das französische Recht anlangt, so steht „dies für die Fälle der unabsichtlichen Abweichung auf dem Gesichtspunkt der subjektiven Verschuldung“.[2])

---

[1]) und [2]) Hartmann, Jahrbücher Bd. 20 und die dort citirten Schriften Iherings.

Pothier gab, gestützt auf die Billigkeit, qui m'oblige à indemniser celui que j'ai par mon imprudence induit en erreur[1]) eine actio in factum. An Stelle dieser actio in factum ist dann die Klage aus art. 1382 Code civil getreten.[2])

Wird aber im Falle der unbewussten Abweichung ein Schadensersatz gegeben und besteht das Bedürfnis, diesen nicht auf die Fälle subjektiven Unrechts zu beschränken, dann ist weit mehr noch das Bedürfnis vorhanden, den gutgläubigen Dritten im Falle der bewussten Abweichung von Wille und Willenserklärung auf breiter objektiver Grundlage zu schützen.

Es entspricht daher der historischen Entwickelung, dass das Recht, während im Fall der unbewussten Abweichung noch das Prinzip des subjektiven Unrechts vorherrscht, bei der bewussten Abweichung bereits weiter fortgeschritten war.

Die Gesetzgeber liessen bei der Schöpfung des Code, wenn auch vielleicht der Tragweite dieses Gedankens halb unbewusst, bei bewusster Abweichung das Recht des Dritten allein auf Grund der kundbar gewordenen Willenserklärung erwachsen, ohne dies von einem Mehr- oder Minderunrecht des einen oder anderen der Simulanten abhängig zu machen.

Dieses Kundbarwerden der Willenserklärung einer Partei, auf Grund dessen der Dritte ein Recht erwirbt, liegt aber wiederum vor sowohl im Falle des rein simulirten, wie des dissimulirten Geschäfts sowohl mit cause licite wie mit cause illicite.

Eine solche objektive Grundlage anzunehmen gestattet der Wortlaut des art. 1321. Er verlangt nur

---

[1]) Pothier, traité des obligations I, ch. I Nr. 19.

[2]) Hartmann eodem.

das Vorhandensein einer contre-lettre. Im übrigen ist dies auch die Auffassung der französischen Theorie und Praxis oder richtiger, entspricht dem Gedankengange derselben, der nicht einmal irgendwelche persönliche Beziehungen zwischen einem der Kontrahenten und dem Dritten erfordert, vielmehr art. 1321 Anwendung finden lässt, wenn der Dritte weder in Hinsicht auf noch in Kenntnis von dem simulirten Akt Rechte erworben hat.

So Larombiere t. V p. 559:

La loi n'exige même pas que le tiers ait traité en vue et en connaissance des droits conférés par l'acte, que la contre-lettre est destinée à modifier ou à rapporter.

Siehe ferner Sirey 41, 1, 167:

Ein Urteil wird kassirt, weil es zur Anwendung des art. 1321 ein Kontrahiren en vue de la vente verlangte. Die Begründung sagt: Attendu . . . . que cet article (1321) n'exige pas que le tiers qui en excipe justifie avoir eu connaissance, lorsqu'il a traité que son débiteur possédait la chose dont la contre-lettre le dessaissit.

Ferner Demolombe t. 29 Nr. 345:

l'article n'exige pas que ceux qu'il considère comme tiers, aient traité précisément en considération de l'acte ostensible que la contre-lettre déclare simulé.

Diese Auffassung des Gesetzes mag den in unserem Artikel liegenden Gedanken überspannen. Jedenfalls spricht auch sie für unseren Ausgangspunkt, dass die Gesetzesstelle ganz objektiv und ohne jede subjektive Beziehung auszulegen sei.

§ 12.

Fusst man aber auf dieser objektiven Grundlage, so ist schliesslich die Frage, ob art. 1321 zu seiner

Anwendung einer schriftlichen Urkunde bedürfe, zu verneinen.

Denn ihr entspricht nicht die durch das Erfordernis der Schriftlichkeit gebotene Einschränkung unseres Satzes, insofern wenigstens die Schriftlichkeit den Zweck haben soll, eine Einschränkung herbeizuführen.[1])

Bereits die französischen Schriftsteller sprechen meist nur von dem Erfordernis eines acte ostensible, eines acte patent. Diese Ausdrücke können sicherlich so verstanden werden, dass sie nicht für die Willenserklärung eine bestimmte, insbesondere die schriftliche oder gar authentische Form verlangen, sondern nur fordern, dass die Willenserklärung für die Aussenwelt, den Dritten wahrnehmbar geworden sei. Diese Wahrnehmbarkeit kann auch in den begleitenden Umständen begründet sein, ohne dass die Erklärung selbst in irgend einer Weise verkörpert werden müsste.

Das in art. 1321 liegende Prinzip gilt vielmehr in der ausgedehntesten Weise. Der Ausdruck contre-„lettre" hat bereits vorher seine Erklärung gefunden. Berücksichtigt man ferner, dass die Stellung des art. „mit der durch die französische Beweismitteltheorie beeinflussten Situation zusammenhängt und nur den hiernach gewöhnlichsten Fall im Auge hat"[2]) so ist die Aufstellung gerechtfertigt, dass das französische Recht jenes Prinzip in keiner Weise theoretisch beschränkt, und mit der Aufhebung dieser Beweismittellehre durch die Civilprozessordnung bezw. das Einführungsgesetz hierzu auch in der That jede Einschränkung fortgefallen ist.

---

[1]) So § 405 B. G.-B. für das Deutsche Reich. Denn dieses verlangt im allgemeinen keine Schriftlichkeit.

[2]) Zachariae-Crome Bd. I, S. 387.

Auch die französische Litteratur fasst ja die Schriftlichkeit des Gegenscheins nicht als wesentliches Moment des Prinzips, sondern nur als Folge der Beweismittellehre auf. So äussert sich Larombière t. V, p. 565:

Il convient d'assimiler à une véritable contre-lettre, établie par acte authentique ou sous signature privé les aveux, déclarations et réconnaissances purement verbales, émanées des parties contractantes, et contenant des dérogations et modifications à un acte antérieur. L'acte ne constitue en effet qu'un moyen particulier de preuve qui peut être supplée par d'autres. De semblables aveux, déclarations et réconnaissances vaudront, ainsi comme de véritables contre-lettres entre les contractants; mais ils ne pourront être opposés aux tiers.

Eine ausdehnende Interpretation, wie dies unsererseits geschehen, findet schliesslich eine Stütze in den Vorschriften des Code civil über die Vollmacht, insbesondere in den art. 2005, 2009.

Ich will hier nicht auf die Sätze dieser den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich fast entsprechenden Artikel selbst eingehen, obwohl sie zu dem Prinzip passen. Viel beweisender und bezeichnender für den Geist, der in diesen, wie in den art. 1240 und 1321 C. c. herrscht, ist die anerkannte Ausdehnung, die sie in Theorie und Rechtsprechung erfahren haben.

Der Mandant wird darnach, wenn der Mandatar seine Vollmacht überschreitet, dem gutgläubigen Dritten, falls dieser nach der Art der Bevollmächtigung annehmen konnte, dass der Mandatar zu dem mit ihm abgeschlossenen Geschäft bevollmächtigt gewesen sei,

ebenso verpflichtet, als wenn der Beauftragte sein Mandat nicht überschritten hätte.

Man vergleiche hierfür:
Pothier, contrats des bienfaisances Nr. 89;
Laurent t. 28, Nr. 57;
Zachariae-Crome Bd. II § 395, Nr. 3a.

§ 13.

Der letzte Punkt bietet eine Ueberleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Im Gegensatz zur bisherigen Litteratur über diese Fragen, vertritt Wendt in dem Aufsatze „Erwerb von einem Nichtberechtigten“ [1]) die Auffassung, dass die §§ 932—936 Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht dahin zu beschränken seien, dass der gute Glaube des Erwerbers einer beweglichen Sache nur den Mangel des Eigentums beim Veräusserer ersetze. Es habe vielmehr der gute Glaube, wie er nach positiver Gesetzesbestimmung die mangelnde Verfügungsmacht des wirklichen Eigentümers ergänze, auch die Kraft da heilend einzutreten, wo der Erwerber die Veräusserungsbefugnis eines Nichteigentümers in gutem Glauben irrtümlich voraussetze.

Fasse man aber diese beiden Gruppen zusammen, so dürfe der Fall angenommener Bevollmächtigung oder Einwilligung nicht anders beurteilt werden. § 366 H. G. B., der dies für das Handelsrecht ausdrücklich ausspreche, stelle somit nicht ein Sonderrecht des Handels dar, sondern sei ebensowohl geltendes, bürgerliches Recht.

Es ist Wendt ohne weiteres nachzugeben, dass die Wirkung des guten Glaubens, wie sie in den

[1]) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 89, S. 1 - 84.

§§ 932—936 Bürgerlichen Gesetzbuchs niedergelegt ist, sich nicht auf die Fälle fehlenden Eigentums beschränkt. Ohne Zweifel finden sie auch Anwendung dann, wenn der veräussernde Eigentümer Verfügungsgewalt nicht hat. Was sodann die streitigen Fälle der irrtümlich angenommenen Veräusserungsbefugnis beim Nichteigentümer, der von der anderen Seite als solcher gekannt war, anbelangt, so ist weiter zuzugeben, dass die von Wendt angeführten Fälle des Kaufs vom vermeintlichen Pfandgläubiger und auch mit Rücksicht auf § 957 Bürgerlichen Gesetzbuchs des Erwerbs vom nur obligatorisch Berechtigten bezw. vermeintlich Berechtigten hierher zu ziehen sind. Legt man dann aber auch dem § 957 a. a. O. nicht jene allgemeine Bedeutung bei, die Wendt ihm giebt — es handelt sich doch um eine Vorschrift für einen Spezialfall, allerdings einen solchen der zuletzt genannten in Betracht kommenden Gruppe — so liegt jedenfalls kein Grund vor für den Fall der irrtümlich angenommenen Vollmacht den Eigentumserwerb auf Seiten des jene Vollmacht irrtümlich, aber in gutem Glauben voraussetzenden Dritten allgemein auszuschliessen. Man muss vielmehr sagen, dass, wenn in einer Reihe gleichartiger Fälle jener Satz gilt, beim Mangel einer anderweiten Bestimmung, dies allgemein anzunehmen ist.

Geht man nun dazu über, das B. G.-B. und den C. c. zu vergleichen, so ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass es sich zunächst nur um den Eigentumserwerb beweglicher Sachen handelt. Wohl stimmt manches, so vor allem jener Satz von der Wirkung des guten Glaubens auf das durch den instruktionswidrig handelnden Bevollmächtigten zwischen dem Machtgeber und dem Dritten erzeugte Rechtsverhältnis in beiden Rechten überein. Aber hieraus dürfen, abgesehen von

der Lehre über den Eigentumserwerb an Mobilien keine Konsequenzen theoretischer Art gezogen werden. Ist doch diese Bedeutung des guten Glaubens hierbei auf das innigste mit der Bedeutung des Besitzes verquickt. [1])

So ergiebt es sich denn selbst für das beschränkte Gebiet des Eigentumserwerbs von Mobilien, dass der Erfolg zwar in beiden Rechten der gleiche ist, dass dies aber nicht aus denselben Rechtssätzen folgt.

Art. 1321 findet sich im Code civil im Obligationenrecht und fällt in das Gebiet der Lehre über die Verträge. Er will den gutgläubigen Dritten vor geheimen Vertragsberedungen bezw. deren Folgen schützen. Geht man unter Berücksichtigung dieses das reiche Material der Wendt'schen Abhandlung durch, so ergiebt sich, dass art. 2279 C. c. la possession vaut titre immer, art. 1321 dagegen nicht in allen Fällen denselben Erfolg wie die §§ 932—936 B. G.-B. herbeiführen würde, was ja im Geltungsgebiet des französischen Rechts mit Hinsicht auf den art. 2279 ohne Bedeutung ist.

Als Ergebnis der Untersuchung über den Schutz des gutgläubigen Dritten in den beiden Gesetzbüchern in allen in Betracht kommenden Fällen wäre daher folgendes zu verzeichnen:

Soweit der Bereich des art. 1321 in Frage kommt, der sich nur auf derivativen Rechtserwerb bezieht und zwar nur auf solchen, der durch obligationenrechtliche

---

[1]) Es handelt sich hier jedoch nicht um eine Wiederholung des Satzes des Code: En fait des meubles la possession vaut titre. Denn dieser dem coutümiären also deutschen Recht entstammende Satz geht viel weiter. Er schützt selbst den schlechtgläubigen Besitzer. Die Lehre des B. G.-B. knüpft an ihn an, aber sie ist doch eine selbständige Schöpfung; die Bedeutung des Besitzes in Verbindung mit dem guten Glauben des vom Besitzer Erwerbenden ist vor allem aus dem Gesetze und seinen Vorschriften selbst herzuleiten.

Beziehungen zwischen dem auctor und einem Dritten beeinträchtigt werden kann, ist bei Rechtsgeschäften über Mobilien und zwar von Mobilien im Sinne des B. G.-B., also körperlichen Sachen der praktische Erfolg derselbe.

Der Immobilarverkehr ist geregelt durch das Grundbuchprinzip. Hier ist der Dritte noch mehr geschützt. Er muss den Fehler im Recht kennen, grobe Fahrlässigkeit genügt nicht. Allerdings hat die Eintragung die Präsumtion der Kenntnis zur Folge.

So blieben denn die Fälle, in denen es sich um Rechtsgeschäfte über Rechte oder solche sonstigen Inhalts, abgesehen von denen über den Verkehr mit Mobilien und Immobilien, handelt.

Gilt hierfür dasjenige was die Kommission als Ablehnungsgrund für die Aufnahme einer generellen Bestimmung gesagt hat, oder darf aus den in der Einleitung aufgezählten Fällen auf ein allgemeines Prinzip geschlossen werden?

Der Ausspruch in den Protokollen wäre für einen solchen Schluss nicht absolut hindernd. Auch würde man wohl nicht behaupten können, dass es sich um singuläre Vorschriften handele, bezüglich derer eine Analogie unzulässig sei. Denn wenn zwei Regeln neben einander stehen, so folgt daraus, dass die eine der anderen entgegensteht, noch nicht, dass sie als Ausnahme von der anderen zu betrachten sei.

Zu solcher analogen Ausdehnung würde vor allem die Wahrnehmung anreizen, dass jene eingangs aufgezählten Fälle wie z. B. § 405 B. G.-B. das Bedürfnis des praktischen Verkehrs keineswegs erschöpfen, wie die Kommission annimmt.

Man nehme z. B. den einfachen und häufig vorkommenden Fall, dass jemand, nennen wir ihn A, eine

Forderung, die er an X hat, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, einem anderen, B, zum Schein cedirt, und dieser dieselbe Forderung gegen die Verabredung an einen gutgläubigen Dritten gegen Entgelt weitergibt, so muss dieser gegenüber etwa einem Klageanspruche des A, die Forderung gegen den X nicht geltend zu machen, unterliegen, selbst, wenn die beiden vorkommenden Cessionen schriftlich beurkundet waren, weil dieser Fall von § 405 B. G.-B. nicht gedeckt wird. Dieser betrifft eben nur den Fall, dass eine simulirte Darlehnsschuld, über die eine Urkunde vom Schuldner ausgestellt war, an einen gutgläubigen Dritten abgetreten wird.

Das Bedürfnis des Verkehrs wird sicher dafür sprechen, den ersterwähnten Fall nicht anders zu behandeln als den letzten.

Gleichwohl wage ich nicht, diese Entscheidung zu treffen. Wenn auch die §§ 932—936 hier als solche nicht in Betracht kommen können, da es sich nicht um deren analoge Anwendung, sondern um die des § 405 und ähnlicher handelt, so kommt doch der Geist, der in diesen Bestimmungen herrscht, in Betracht. Da ist denn darauf zurückzukommen, dass der gute Glaube hier nur dann die beschriebene Wirkung hat, wenn er durch den Besitz des auctor legitimirt erscheint. Der Geist des art. 1321 aber ist ein ganz anderer. Zur Anwendung des Artikels ist, wie wir gesehen haben, nicht einmal erforderlich, dass in Hinsicht auf und in Kenntnis von dem simulirten Akt kontrahirt worden ist.

Ganz klar wird aber, dass die Sätze des französischen Rechts für das B. G.-B. abgelehnt werden müssen, wenn man bedenkt, dass die dem art. 1321 bezw. seinem Geiste entsprechende Theorie eine Ueberschreitung der Befugnisse des Mandanten nicht nur dann für den

Dritten ohne Bedeutung sein lässt, wenn der Bevollmächtigte oder Beauftragte durch den Besitz des zu Eigentum übertragenen Gegenstandes legitimirt erschien, sondern dass der Machtgeber immer dann haftet oder verpflichtet wird, wenn der Dritte annehmen konnte, dass der Bevollmächtigte in Ausübung seiner Vollmacht handele.

War A bevollmächtigt, ein Darlehn von 100 für B aufzunehmen und nimmt er von X und Y je ein solches von 100, so haftet der Machtgeber sowohl dem X wie dem Y.

Soweit geht das B. G.-B. keinesfalls. Es giebt einen prinzipiellen Schutz in den Fällen, in denen die Wirkung des Besitzes hinzutritt, begnügt sich aber im übrigen damit, den Schutz des gutgläubigen Dritten nur in einzelnen Fällen, über die nicht hinausgegangen werden darf, anzuerkennen.

So wird denn der gutgläubige Dritte nicht in allen Fällen auch aus simulirtem Rechtsgeschäft ein Recht erwerben können, wenn auch zugegeben werden muss, dass diese Fälle immerhin vereinzelt sein werden.

Gleichwohl wird sich dies m. E. als Lücke fühlbar machen, so dass der Wunsch gerechtfertigt ist, es möge, wenn auch erst nach längerer Zeit, auch im Obligationenrecht eine dem in der Praxis bewährten Satze des art. 1321 Code civil entsprechende Bestimmung im Deutschen Recht Geltung erlangen.